CONSVLTA.

Y PARECER A ELLA DADO POR LOS Abogados primeros de la Real Chancilleria de Granada, en el negocio, y pretension que aqui se expressaràn: para cuya inteligencia se supone por hecho cierto, y constante de los autos.

N. 1. QVE MARTIN DE LEON estuvo casado tiempo de treinta años con Doña Maria Gutierrez de Liedana, que muriò en el passado de 669. dexando deste matrimonio quatro hijos, Don Francisco de Leon, Presbytero, Doña Theodora, muger que oy es de Pedro Cano; Doña Ana, muger de Juan de Montoya Hozes, y Doña Josepha, que oy lo es del Licenciado D. Juan Luis de Soto, Abogado en esta Chancilleria; y todo el caudal comun de ambos, marido, y muger en poder del marido, que sobreviviò, sin aver hecho inventario, ni division de caudales entre èl, y sus quatro hijos, administrandolo todo hasta que muriò en el año passado de 693. dexando declarado por su testamento esto mismo, y que el caudal comun quando muriò su muger, llegaria hasta 30U. ducados.

2 Viviendo los dos Padres, casaron à sus dos hijas, Doña Theodora, y Doña Ana, y en quenta de legitimas, les dieron en dote à cada vna hasta 3U. ducados, poco mas, ò menos, y otra tanta cantidad à Don Francisco de Leon su hijo, en capital, y patrimonio, tambien en quenta de ambas legitimas.

3 Aviendo muerto la madre, quedò en poder de su padre Doña Josepha, la hija menor, y lo estuvo cinco años despues, hasta que de primer ma-

trimonio casò en el año passado de 675. con el Licenciado Don Francisco Garcia Muñoz, Abogado desta Chancilleria, y su padre le diò en dote (no por quenta de legitimas, si no llanamente) 6U500. ducados.

4 Como queda dicho, muriò Martin de Leon en el año passado de 693. por el mes de Noviembre, con testamento, en que manda traigan todos sus quatro hijos à conferir en esta particion las referidas cantidades, que assi èl, como su muger, y los dos juntos, les tienen dado en dotes, y capital, dexandolos instituidos por herederos igualmente en los bienes que dexare. Y lo mismo avia dexado dispuesto por su testamento, con que muriò la dicha Doña Maria su muger en el referido año de 669.

5 Muerto Martin de Leon, y hecho inventario, y tassacion de sus bienes hasta 15U. ducados, poco mas, ò menos, sobre la forma de la particion se ha seguido pleyto entre el Don Juan de Soto, y sus cuñados, pretendiendo estos, que Doña Josepha su muger traiga à conferir à la division destos bienes los 6U 500. de la dote con el primer marido, como ellos traẽ las cantidades de sus dotes, y Capital.

6 Y Don Juan contradiziendolo, pretendiò no aver de conferir parte alguna de los 6U500. ducados, porque no se le dieron à Doña Josepha en quẽta de su legitima paterna, de cuya herencia oy se trata; si en pago de la materna, muerta yà la madre, y como tal, diferida, y adquirida á la hija en propriedad, luego que se casò; lo qual no sucediò con las otras dotes que se dieron, constante el matrimonio por los dos coniuges en conformidad de la *l. 53. de Toro*. Y, que aviendo tenido cabimento en la mitad de gananciales de la madre (que pretendiò Don Juan fueron 30U. ducados, porque quedaron mas de 60U.) no podian las otras partes pretender los traxesse à conferir, pues no se trataba, ni podia yà de la herencia de la

ma-

madre, por estar consumida con los accidentes de el tiempo, baxa de moneda, y robo de 8ʒ.ducados, que al padre comun le hizieron en el año passado de 69 r.

7 Cuyas perdidas eran por quenta de las otras partes, que continuaron la compañia legal con el coniuge superstite, que fue su Padre, sin pedir separacion de caudales, siendo todos mayores, y casados, y el otro Clerigo. En cuya compañia no entrò Doña Josepha ; porque quando muriò su Madre era menor, y quedò baxo de la potestad del Padre, con quiē no avia compañia, por tener el vsufructo de sus bienes adventicios, y hereditarios de su Madre. Y quando pudiera entrar en la compañia despues de casada, no solo no entrò, si no que se separò con el recibo de su parte de legitima materna: y sus hermanos solo la continuaron con su padre, como mayores, y casados, sin pedir la parte que les tocaba de legitima materna, expuestos a perdida, y à ganancia.

8 Estos fueron en substancia los motivos de la principal pretension de Don Juan en el referido pleyto, sin que otra cosa se tratasse, ni disputasse, alegasse, ni propusiesse en èl por su parte, como de todo el contexto de los autos parece: sobre la qual cayeron las sentencias de vista, y revista de los Señores de la Sala, en que (sinembargo della, y de la sentencia del Alcalde de Corte à favor de Don Juan, la qual revocaron) mandaron, que Doña Josepha su muger traiga à conferir los 6ʒ500. ducados de la dote con su primer marido, y sus hermanos tambien lo que cada vno ha llevado en quenta de ambas legitimas, y que assi lo execute el Contador, à quien tocare hazer esta particion.

9 Esto supuesto, y que D. Francisco Garcia Muñoz estuvo casado cinco, ò seis años, y que fue vn Abogado de grandes creditos, y muchos negocios, y dependencias de vtilidad, y que muriò en el

año

año passado de 681. dexando vna hija menor; y que hecho inventario, y aprecio de los bienes que quedaron, y pedido la Doña Josepha reintegracion de los 6ʒ500. ducados de su dote, y substanciadose este juizio con la menor hija, y heredera de su marido, se le mandò hazer pago, y tassados los bienes, que los mas fueron muebles, y vna libreria, importarō todos 33ʒ494. Rs. y med. los quales se adjudicaron, y entregaron à la viuda en parte de pago de la dote, con que se ajusta tuvo de perdida, y diminucion en ella con su primer marido 38ʒ005. Rs. y med. q̄ ni en vida, ni en muerte pudo recuperar, y se quedò sin ellos. Todo lo qual consta de los autos, instrumētos, y demàs papeles presentados.

PRETENSION DE DON JUAN Luis de Soto.

10 Pretende (sin oponerse en cosa alguna à la cosa juzgada por las sentencias de vista, y revista, que mandan traiga su muger à conferir en esta particion los 6ʒ500. ds. de la dote de Don Francisco Garcia su marido; antes si, segun, y conforme à ellas) que el Contador à quien tocò esta division, haziendole cargo por entero de dicha cantidad, como à los demàs hermanos de los 3ʒ. ducados, ò de la cantidad que cada vno ha llevado, todos los ponga, y acrezca al cumulo de bienes de los que oy han quedado por muerte del padre. Y que llegando à la hijuela, y adjudicacion de cada vno; respecto de que Don Francisco de Leon, Doña Theodora, y Doña Ana tienen en ser, sin perdida alguna sus dotes, y Capital, les haga pago, y adjudicacion en vacio, entrada por salida en en las mismas cantidades que traen à conferir, y tienen recebidas, y por dichas sentencias se les mandan traer à esta particion.

11 Y que à Doña Josepha su muger en la

hi-

hijuela de su adjudicacion tan solamente se le carguē los 33ʉ494. Rs. y medio, que se le entregaron por muerte de su primer marido, y que estos se le adjudiquen en vacio, entrada por salida, como à los otros tres sus hermanos, en conformidad de dichas sentencias. Y por lo que toca al resto de 38ʉ005. Rs. y medio de la perdida, y diminucion de la dote, que estos no se le han de cargar en vacio, si no ponerlos el Cōtador por perdida, y baxa del caudal comun, como la del robo, y demas accidentes de este caudal; y que sea por quenta de todos quatro herederos del padre, à quienes Doña Josepha, y su marido hazen cession del derecho de cobrar la perdida desta dote contra los herederos de D. Francisco Garcia, aunque inutil, y vana; porque se supone, y lo saben todas las partes, que ni al tiempo de la muerte, ni despues ha avido, ni ay de que poder cobrarla, y quedò sin la cantidad referida la Doña Josepha.

12 A la qual en esta particion se le han de adjudicar, y hazer pago en bienes efectivos de los que oy ay en ser de su padre, en la parte, y porcion alcançare, considerandola, como si no huviera llevado mas dote que los 33ʉ494. Rs. y medio, que por muerte de su primer marido (por no aver quedado mas) se le entregaron en partē de pago de los 6ʉ500 referidos.

13 Y que no executandolo assi el Contador, si no despues de cargados por entero, y acrescidos al cumulo de bienes, le hiziere pago en vacio, entrada por salida en su hijuela, y ha de aver con todos los dichos 6ʉ500. ducados, haze, y comete notorio agravio, el qual para que se deshaga, puede justamente Don Juan de Soto acudir ante los Señores de la Sala, donde dicho pleyto pende, de q̄ dimanò lar carta executoria. Es la cōsulta, y proposicion q̄ se nos haze para q̄ sobre ella resolvamos, y demos nuestro sentir;

y parecer en consciencia , razon , y justicia.

RESPVESTA, Y PARECER.

14 Y aunq̃ à la vista parezca dificultosa la pretẽsion, porq̃ aviendose de guardar la igualdad entre todos quatro hermanos, como hijos de vn padre, y de vna madre, que es el efecto de la colacion, *ex l. fin. C. commun. vtriusque iudic.* Y para su execucion, assi la *l. 29. de Toro*, como las sentencias de vista, y revista mandan, que cada vno traiga à conferir lo q̃ en quenta de ambas legitimas ha recibido.

15 Cuya igualdad no pudiera observarse, si no es cargando en vacio à Doña Josepha todos los 6ŭ500. ducados, y que assi los lleve oy de menos en la adjudicacion de su hijuela, aunque estè consumida la mitad, ò parte de ellos, pues su marido lo gastò, y el tiempo lo diminuyò; cuya perdida parece debe ser de su quenta; y no de la de sus hermanos, herederos de su padre, que no tuvieron culpa en esta perdida.

16 Y que estando yà vencido, y executoriado por dichas sentencias, que la Doña Josepha traiga enteramente à conferir los 6ŭ500. ducados, parece no puede, sin oponerse à la cosa juzgada, pretender la baxa, y desquento de la cantidad de la perdida de la dote con su primer marido, pues le obsta lo determinado en dichas sentencias.

17 Sinembargo nos parece ser justa, y à derecho, conforme la pretension de Don Juan de Soto, y que segun razon, equidad, y justicia, se debe hazer como se propone, *supra num.* 11. 12. & 13. Y se funda assi.

18 Lo primero en la doctrina de Ayora, *de partition. 3. part. quæst.* 14. *num.* 49. ibi: *Item, se ha de limitar lo arriba dicho, en quanto diximos, que la hija ha de traer à colacion, y particion la dote que la diò su padre;*

dre: porque en algunos casos no seria obligada à ello. El vno es, si la huviesse el marido perdido sin culpa de la muger, que entonçes no serà obligada la hija à traer la dote à colacion, y particion, vt habetur in Authentic. Quod locum, C. de collation. No cita, ni alega mas texto, ni Author.

19 Pero en terminos es Capital, y expresso el de la *l. 1. §. cum dos, ff. de collat. dotis*, por el qual, en lo individuo deste caso lo resuelve asi Muñoz de Escobar, *post tractat. de ratiocinijs, computat. 18. à n. 11* Y en el *num. 5.* despues de aver propuesto los contrarios argumentos que aqui quedan opuestos *sup. n.* 14 15. *&* 16. ita concludit.

20 *Sed prædictis non obstantibus contraria sententia tenenda erit, imò quod si filia, sinè culpa sua, dotem amisit, de bonis paternis præsentibus, tantum, quãtum quilibet frater habere debebat, habita consideratione in hoc, vt computetur in legitima illud, quod maritus eo tempore facere potuerit, idquè manifestè probatur in l. 1. §. cum dos, ff. de collat. dot.* ibi : *Quod si iam divortium factum est, & maritus non sit solvendo, non debebit integra dos computari mulieri, sed id, quod ad mulierem potest pervenire, hoc est, quod facere maritus potest.*

21 Y para cumplir Doña Josepha lo mandado, trayendo enteramente los 6ɥ500. ducados, le basta entregar los 33ɥ494. Rs. efectivos, adjudicados por muerte de su primer marido, y los 38ɥ005. Rs. de la perdida, en la cession, aunque inutil contra los herederos, *Authent. de æqualit. dot. §. illud quoque, collat. 7. Authent. Quod locum, C. de collat. dot.* vbi Bald. & Salicet. *Gloss. in dict. l. 1. §. cum dos, ff. de collat. dot.* & communiter DD. tàm exteri, quam Regnicolæ nemine contrario hanc conclusionem tenent Guiller. Benedict. *in cap. Raynuntius, de testam.* verb. *dotem, num. 20.* & cum alijs Matth. de Afflict. *decis. Neapolit.* 247. *à num. 1.*

Donde

22 *Donde en los mismos terminos à favor de la hija, à quien por el marido se avia consumido la dote, que cumpliò con solo traer à conferir* actionem, licet inanem, absquè acervo bonorum *contra los herederos del marido, y que se le diò igual, y entera porcion en los bienes de sus padres, como si no huviera lleuado dote alguna.* Lo refiere determinado por el Senado de Napoles con otras decisiones que alli junta *su Aditionador Vrsilis.* Idem resolvunt Gracian. *discept.* 362. *n.* 15. *& discept.* 466. *à num.* 80. Fontanel. *de pact. nupt. claus.* 4. *Gloss.* 1. *à num.* 45. Et ex nostris Baeç. *de non meliorand. pro dot. filiab. cap.* 16. *num.* 17. *&* 34. Angulo, *in l.* 7. *tit. de las mejoras, Gloss.* 1. *num.* 34. Robles, *de representat. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 103. cum alijs Hermosill. *in l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *Gloss.* 6. *à num.* 68.

23 La razon de esta conclusion, no solo no es opuesta à la igualdad, si no muy conforme; pues siendo cierto, que el padre, por todos derechos, tenetur tam filios, quam filias alere, & dotare; y que la dote succede en lugar de los alimentos, que estaba precissamente por natural derecho obligado à comunicar à la hija en su casa, sustentãdola en ella de todo lo necessario, si estos los huviera gastado, y consumido sin culpa, ocasionada por su desperdicio; clarò està q̃ no se le pudiera, ni debieran imputar en su legitima; y que la cantidad gastada en estos alimentos, aunque fueran muy superfluos, se avia de tener por perdida comun de la hazienda del padre, sin que los demàs hermanos pudieran reclamarlo, pues hasta que muere, ninguno tiene accion de cobrar legitima.

24 Vt ex textu *in l.* 2. *§. de illis, ff. de collat. bonor.* ibi: *De illis, quæ sine culpa filij emancipati post mortem patris perierunt; quæritur ad cuius detrimentum ea pertinere debeant: & plerique putant, ea quæ sine dolo, & culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; & hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Prætor, boni*

viri

viri arbitratu, iubet bona conferri: vir autem bonus non sit arbitraturus conferendo id, quod, nec habet, nec dolo, nec culpa desijt habere. Et ex alijs fundamentis resolvit Escobar, *dict. computat.* 18. *num.* 6.

26 De aqui es, que lo mismo, y con mayor razon se ha de observar con las hijas, que con los hijos emancipados, que fuera de la casa del padre consumieron los alimentos; de que no deban conferir, ni imputarseles en la legitima aquella parte, y porcion de dote, que sus maridos huvieren gastado, y que sin culpa de los hijos se perdiò: ni desto pueden formar quexa de desigualdad los hijos; quando con ellos se avia de executar lo mismo, aun con menos causa; pues yà estos son, y se hazen dueños de las cantidades que el padre les dà en vida por quenta de legitimas, mas las hijas no lo son de las dotes, si no los maridos, que si venden, ò enagenan los bienes dotales, no pueden resistirlo las mugeres. Y rara vez se puede verificar caso alguno en que tengan culpa, y dolo en estas perdidas, si no es quando ellas mismas las causan, ò quando pudiendo en tiempo prevenirse, y recuperar la dote que se và gastando, y consumiendo, no lo hazen.

27 Y estas son las razones, aunque no tan claras, y expressas con que los AA. referidos *sup. num.* 24. fundan esta conclusion, sacadas de la *Authentic. de æqualitat. dotis, §. illud quoque, collat.* 7. *in novella* 97. *cap.* 6. Donde lo que en summa resuelve Justiniano, es: *Que si la hija* (que por derecho de los Romanos no salià de la patria potestad por el matrimonio) *viendo que el marido disipa la dote, no le requiriò al padre que pusiesse cobro, y la asseguràsse antes que se acabasse de perder del todo, ò no le pidiò licencia para hazer este pedimento, implorando el oficio del Juez para su remedio; se le imputarà la perdida, por la omission que en e o tuvo; pero que si lo hizo, no se le cargarà; y si se pierde, serà por quenta del padre; y no se le obligarà à conferir la per-*

 di-

dida en quenta de sus legitimas à la hija, cuya dote consumiò el marido.

28 Cuya circunstancia de licencia del padre para poner cobro la muger à la dote, clarò esta que oy cessa, pues por el matrimonio sale de su potestad; y solo se atiende para la omission en pedir, y culpa que de aì resulta, para que la perdida se le cargue en la particion, à lo dispuesto por *nuestra ley Real 29. tit. 11 partit. 4.* Que solo quando el marido es disipador, puede la muger pedir se le entregue la dote; porque aunque se halle pobre, como sea hombre de buen cuidado, no le puede demandar, ni pedir en vida la restitucion, ò que se le reintegre, ò assegure lo que quedare, porque no se acabe de perder.

29 De que se saca la razon genuina, porque la perdida no se le imputa à la muger? Y es, porque solo en el caso de ser disipador el marido, puede pedir la dote: y como no tiene donde recurrir, pues està prohibido por la *l. 1. & 2. C. ne fideiussor dotium dent.* el que el marido dè mas fianças de seguridad de la dote, que su proceder bueno, ò malo; fuera injusto, y contra razon, el que lo que obrò su marido, lo huviera ella de pagar, quedandose sin la dote, y sin la legitima, que le toca en los bienes del padre al tiempo de la muerte, y assi lo advierte, y concluye en terminos por la doctrina de Baldo Novello *in tract. de dote*, el señor Gregor. Lopez *in l. 3. tit. 15. part. 6. Gloss. 6. quæst. 1.* y se saca de la decision de la *Authentic. Quod locum, C. de collation.* que resumiendo la referida Novela Constitucion, *de æqualitat. dotis*, de donde saliò, dize, ibi: *His cessantibus solam actionem, licèt inanem, conferens, partem ex hæreditate feret.*

30 Otra razon, y no de menos fuerça es la que traen, y ponen por principal los referidos AA. que juntò Hermosilla en el lugar citado *sup. num. 24.* Porque como el padre por natural derecho estè precissa-

cisamente obligado à alimentar los hijos, y hijas, y à dotar a estas, y la dote succeda en lugar de alimentos; si la dote la gasta, ò consume el marido, cessante vxoris culpa, debe dotarla otra; y otras vezes el padre, y tantas, quantas la dote se perdiere, y alimentar à los hijos de la misma forma, quantas vezes se les huvieren gastado los bienes, aunq̃ estos, y los dados en dote, y en Capital à los hijos, se ayan entregado en quenta de legitimas: porque estas no se consideran, ni el padre debe darlas, si no es al tiempo de la muerte, pues mientras vive es dueño de su hazienda para gastarla, sin obligacion de dexarles, ni guardarles otra mas que la que por su muerte quedare; y las dotes, y alimentos si, està obligado necessariamente por todos derechos, natural, y positivo à comunicarlos viviendo à los hijos, y hijas.

31 Et sic notant in specie Baeza, *de non meliorand. pro dote filiab. cap.* 16. *num.* 17. & 22. Escobar, *dict. computat.* 18. *num.* 7. vbi alios tradit Dom. Molin. *lib.* 2. *de primogen. cap.* 16. *num.* 23. & 24. vbi Addentes allegant Giurba, *decis.* 6. & 7. Petr. Barbos. Mieres, Fontanel. Peregrin. Menoch. y otros que juntò Hermosill. *in l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *Gloss.* 6. *n.* 68. & 70.

32 Y aunque la dote que el padre constituyò à la hija exceda en cantidad de aquella porcion, que de legitima le pudiera tocar al tiempo de la muerte en los bienes del padre, ò que las dotes que el padre diò à la hija en diversas vezes, consuman todo el caudal, y no aya que partir; si, como queda dicho, no las tiene en ser, y las consumiò el marido sin culpa suya, no se le debẽ cargar à la hija en quenta en la particion, para que de lo que quedare, poco, ò mucho del caudal, y bienes del padre dexe de partir igualmente con sus hermanos, como lo resuelve Angulo *in l.* 7. *tit. de las mejoras, Gloss.* 1. *à num.* 34. Por la eleccion que la *ley* 29. *de Toro* le da para la particiõ, y colacion,

ò al

ò al tiempo de la conſtitucion de la dote, ò de la muerte del padre: para cuya eleccion, ſus Legisladores tuvieron bien preſentes eſtas conſideraciones.

33 Sin que contra eſto ſe oponga la diſpoſicion poſterior *à la l. 29. de Toro*, que parece es la *l. 1. tit. 2. de las dotes, lib. 5. Recopilat.* Que prohibe expreſſamente las mejoras por cauſa de dote, las quales ſi ſe hazen, aunque ſe pierdan los bienes ſin culpa de la muger, ſe le imputan, y cargan en la legitima que huvo de aver al tiempo de la muerte del padre, como notò bien Angulo en el lugar citado.

34 Porque como las mejoras por caſamiento eſtèn prohibidas, y haziendolas, ſin embargo de la prohibicion legal, el padre obra vn acto voluntario, à que no eſtaba obligado, y la hija, y yerno recibe lo que no les toca, de aqui es, que la perdida que ſobreviene, como no ſe conſidera del caudal del padre, ſi no de la hija, y ſu marido, como dueños de la dote donada por mejora, y deudores al caudal comun de donde lo tomaron, no pudiendo, ni debiendoſele ſocorre, y es de ſu quenta, y cargo de aquellos que la recibieron ſin cauſa, y contra derecho.

35 Mas en el caſo de la conſtitucion de la dote, ſimpliciter, ſin la qualidad de mejora, ſuccede lo contrario, como queda dicho, por la razon de diſparidad, y contraria, pues el padre entregando la dote, vna, ò muchas vezes, no ſolo no executa acto voluntario, y prohibido por ley, ſi no permitido, y preciſſo por todos derechos, porque eſtà obligado à dotar à la hija, y à alimentarla. Y aſsi la dote que ſuccede en lugar de los alimentos, ſe reputa, y tiene por caudal del padre, cuyas perdidas ſon de ſu quenta, y eſtas preciſſamente alcançan à ſus herederos al tiempo de la muerte. Por lo qual la dote conſumida ſin culpa de la hija, corre de quenta del padre, y de ſu caudal, y no ay razon para que la perdida ſe le impute à eſta, ſi no

à to-

à todos los herederos por igual. Quam conclusionem egregie considerando resolvit Baeza, *de non meliorandis pro dot. filiab. cap.* 16. *à num.* 22. ex doctrina Bald. Novell. Vincentij Herculan. Campegij, & Guillerm. Benedict. & aliorum.

36 Conque no aviendose dado por Martin de Leon à Doña Josepha su hija, con su primer marido los 6ꝟ500. ducados por via de mejora, ni tal, pudiendose induzir, ni entender (porque aun esta induccion tacita està prohibida por dicha *l.* 1 .*tit.* 2.*lib.* 5. *Recop.*) si no por dote, y obligacion precissa, en que el padre no solo no executò acto contra la disposicion legal, si no obrò el que fue precisso, y obligatorio por todos derechos; corren sin dificultad las reglas, y conclusiones referidas en su favor, para que no deba imputarsele la perdida que tuvo su marido en la dote, y para que le baste, y cumpla, con solo traer à conferir la accion, aunque inutil contra los herederos del dicho su marido, & ita in terminis ex Angulo, & alijs resolvit, Dom. Larrea, *decis. Granat.* 36. *à n.* 17.

37 Sin que aqui en esta dote de Doña Josepha, se puede considerar mejora, ni excesso de legitima, ni de la cantidad que por dicha ley Real esta tassada en la constitucion de las dotes: porque ni el padre lo expressò en las Capitulaciones matrimoniales, y escriptura de dote posterior, que estàn en los autos, ni la cantidad de la dote constituida, lo indica, que para tenerse por mejora, la misma ley dize: ha de exceder, ò contener el valor del tercio, y quinto de los bienes de los padres, y los 6ꝟ500. ducados, tassadamente son, y llegan al quinto de los 30ꝟ. ducados, que el padre confiessa en su testamento, y no lo niegan las partes, tenia de caudal comun quando muriò Doña Maria de Liedana su muger.

38 Ni menos se podrà considerar mejora por los accidentes posteriores, y diminucion, à que es-

te caudal comun oy se ha reducido de solos 15ʉ. ducados, porque la *ley 29. de Toro* tiene prevenido la eleccion en vno de los dos tiempos, ò al de la Constitucion de la dote, ò al de la muerte de los padres. Y siempre que en qualquiera de los dos cupiere la cantidad de la asignacion de la dote en aquella parte, y porcion que entonçes le pudiera tocar de sus legitimas, paterna, y materna à la hija, no podrà tener lugar, ni la consideracion de Mejora, ni la quexa de inoficiosidad de los herederos.

39 Vt resolvunt Baeza, *de non melior. pro dot. filiabus, cap.* 31. *à num.* 1. Anton. Gom. y todos los interpretes que juntò Hermosilla *in l.* 8. *tit.* 4. *partit.* 5. *Gloss.* 13. *num.* 31. *& Gloss.* 6. *in l.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *num.* 68. *&* 70.

40 Martin de Leon confiessa por su testamento, y sus tres hijos lo alegan, y procuran probar en el pleyto, que no avia mas caudal quando muriò su muger, que 30ʉ. ducados, aunque Don Juan de Soto, y su muger probarō 60ʉ. Los dichos 30ʉ. ducados (demos que no sean mas) repartidos entre los quatro hijos, y herederos, cabian, y les podia tocar entonçes de legitimas à cada vno à 7ʉ500. ducados; à Doña Josepha se le dieron tan solamente por la referida dote 6ʉ500. Vease si aqui ay mejora, ni excesso de dote para la oficiosidad, pues aun para cumplir las legitimas, todavia le faltaban 1ʉ. ducados.

41 Añadanse à los 30ʉ. ducados otros 9ʉ. ducados mas, ò menos de las dotes, y Capital recebidos por los tres hijos, en quenta de legitimas, viviendo la madre, para que se advierta si puede caber la consideracion de mejora, ni excesso de dote, quando esta de Doña Josepha fue tan moderada, que aun no llegò, y que le faltò mucho para cumplir la cantidad tallada, y permitida por las *l. 29. Taur. y* 1. *y* 2. *de las dotes*, y debida à la hija por todos derechos.

Con-

42 Conque siendo las referidas conclusiones ciertas, fundadas en textos, y doctrinas de tan graves AA. en razon, equidad, y justicia, y ajustadas al caso de la consulta, pues se supone por constante ; y es assi, que Doña Josepha no tuvo, ni pudo tener culpa, en que la dote que se le diò à su primer marido, se perdiera, ò diminuyera mas de la mitad, pues siendo vn Abogado de los de primer nombre, y negocios de mucha vtilidad, y que ganaba cada año en su exercicio mas de 2ʉ. ducados, como està probado en el pleyto, no pudo su muger prevenir el accidente, la muerte, ni el estado en que su dote avia de quedar, ni despues de muerto hazer mas diligencias que las que van supuestas, y constan del testimonio presentado de la adjudicaciō de los 33ʉ. Rs. en bienes, que solamente quedaron, con que se le hizo parte de pago de los 6ʉ500. ducados que llevò en dicha dote, vt notavit Escobar *dict. comput.* 18. *num.* 9. *&* *nos supra num.* 29. *&* 30.

43 Nos parece ser justa, y à derecho, conforme la pretension de Don Juan, y su muger, y que no executandolo assi el Contador en las quentas, y particiones que hiziere podrà recurrir justa, y legitimamente à los Señores de la Sala, para que deshaziēdo el agravio, se sirvan de determinar, segun D. Juan lo pretende.

44 Sin que obste el que las otras partes opongan la aparente razon de desigualdad, en que ellos traen à conferir todos sus dotes enteramente, y Doña Josepha su hermana, no; porque se perdiò; pues parecia no aver causa para hazer à esta de mejor calidad, que le gastò el marido la dote, que aquellos que la han conservado. Porque se responde, que Doña Josepha no repugna el conferir, antes cumpliendo con el efecto de la colacion trae los 6ʉ500. ducados, los 3ʉ. efectivos, y los otros 3ʉ500. perdidos en la cession,

los

los quales dize, que no se les deben imputar en sus legitimas, y no es lo mismo, si no muy diferente la colacion, que la imputacion, cuya distincion advierten Anton. Gom. *in l. 29. Taur. num. 39.* Hermosill. *in l. 3. tit. 3. Gloss. 4. à num. 1. part. 5.* Parlador, *sexquicentur. different. 149. à num. 1.* Y en terminos Fontanel. *de pact. nuptial. claus. 4. Gloss. 1. num. 46.*

45 Porque la colacion es traer à comunicar, lo que consta averse recibido; y la imputacion es cargar en pago de las legitimas solo aquello que ay en ser, como si estuviera en el caudal comun permanente, del qual se huviera sacado entonçes al tiempo de la muerte para en pago de las legitimas: mas en la colacion, aunque se pone en comun todo lo llevado, se baxa la perdida, como si huviera succedido en el caudal del padre, par las razones propuestas en este parecer: conque no ay alguna desigualdad; porque los dotes estèn en ser, pues lo mismo succediera si Doña Josepha tuviera la suya en el mismo estado que se la dieron, que toda se le debiera imputar; y al contrario, si à sus hermanas sin culpa se les huviera consumido alguna parte, no se les debiera imputar en sus legitimas, si no baxarseles como perdida del caudal comun de sus padres.

46 Ni tampoco le obsta à Don Juan, y su muger la cosa juzgada en dichas sentencias que le mãdan traiga à conferir los 6ꝟ500. ducados; porque assi lo haze, trayendo los 3ꝟ. efectivos, y los otros 3ꝟ500. en la cession. Lo qual, no opuesto, ni alegado en todo el pleyto; pues nada dello se tocò, ni propuso, como de los autos, y peticiones consta; ahora justa, y legitimamente se opone, y puede oponer, para que en fuerça de declaracion de dichas sentencias, ò como mas aya lugar en derecho, se dermine à favor de D. Juan sobre esta excepcion modificativa de las dichas sentencias, sobre la qual su determinacion (como no propuesta,

puesta, ni prevenida, no cayò, ni pudo caer, y consiguientemente, ni le obsta, ni puede obstar la cosa juzgada, pues no la ay sobre esto contra Don Juan, y su muger.

47 Vt ex text. *in l. fideicommissum*, *ff. de confessis.* & alijs latissimè comprobant Dom. Salgad. *de Reg. Protect. 4. part. cap. 7. à num.* 46. & in specie, *num. 68. & cap. 9. à num. 31. & de supplicat. ad sanctiss. 1. part. cap. 12. à num. 7.* Carlev. *de iudic. tit. 3. disput. 1. num.* 24. Dom. Castill. *lib. 6. cap.* 194. *à num.* 34. Noguer. *alleg. 14. num. 25. alleg. 18. num. 50. & alleg. 27. num.* 49. & iterum Dom. Salgad. *de Labyrinth. 3. part. cap. 1. à num.* 98. vbi plures refert, & Carlev. *de iudicijs, tit. 2. disput. 5. num. 30.*

48 Y assi lo sentimos, resolvemos, y es nuestro parecer, que siendo necessario, se fundará mas en forma. Salvo, &c. Granada, y Septiembre 28. de 1697. años.

Lic. D. Antonio de Morales y Noroña.

Lic. D. Fernando de la Muela Romero.

Lic. Don Juan de Arroyo Guerrero.

Lic. Don Bernardo de Castro Azevedo.

L. D. Bartolomè de la Chica y Cibanto.

L. D. Tomàs Ximenez de Castilla.

Lic. D. Lorenço de Ribero.

Lic. D. Sebastian Lopez de Ballesteros.

Lic. Don Joseph Carlos Gonçalez.

Lic. Don Juan Miguel de Ascanio y Cañas.

Lic. D. Fernando Alphonso del Aguila.

Lic. D. Lucas Manuel de Palacio y Haro.